Tweede Kamer der Staten-Generaal 2

Vergaderjaar 2014–2015

34 199

Voorstel van wet houdende regels met betrekking tot de productie, het transport, de handel en de levering van elektriciteit en gas (Elektriciteits- en gaswet)

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT[1]

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 27 maart 2015 en het nader rapport d.d. 30 april 2015, aangeboden aan de Koning door de Minister van Economische Zaken. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 23 december 2014, no. 2014002504, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Economische Zaken, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende regels met betrekking tot de productie, het transport, de handel en de levering van elektriciteit en gas (Elektriciteits- en gaswet), met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel strekt tot herziening van de wetgeving inzake elektriciteit en gas.
De bestaande Elektriciteitswet 1998 en Gaswet worden ingetrokken en in één wet samengevoegd: de Elektriciteits- en gaswet. In deze wet zijn de richtlijn 2009/72/EG[2] inzake de interne markt voor elektriciteit en de richtlijn 2009/73/EG[3] inzake de interne markt voor aardgas opnieuw geïmplementeerd. Inhoudelijk zijn met de hernieuwde implementatie en samenvoeging in één wet weinig inhoudelijke wijzigingen beoogd. Het betreft vooral een wijziging van wetstechnische aard: het stroomlijnen, samenvoegen en opnieuw vormgeven van de bestaande wetten over elektriciteit en gas, omdat deze wetten moeilijk leesbaar en onoverzichtelijk zijn.

[1] De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

[2] Richtlijn 2009/72/EG van het Europees parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit (PbEU 2009, L 211).

[3] Richtlijn 2009/73/EG van het Europees parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas (PbEU 2009, L 211).

kst-34199-4
ISSN 0921 - 7371
’s-Gravenhage 2015

In de aanbiedingsbrief is verzocht specifiek aandacht te schenken aan het voorgestelde artikel 6.10, vierde lid, van het wetsvoorstel en aan de mogelijkheid om deze bepaling aan te vullen. In artikel 6.10 van het voorstel wordt bepaald dat de Autoriteit Consument en Markt (ACM) bij het vaststellen van de methode voor de vaststelling van de transporttarieven rekening moet houden met bepaalde aspecten, genoemd in dat artikel.

In de aanbiedingsbrief zijn vragen gesteld die zien op de mate waarin de formele wetgever nadere kaders mag stellen met betrekking tot dit zogenoemde methodebesluit. In het bijzonder is gevraagd of het mogelijk is om in het wetsvoorstel te bepalen dat de kosten die voortvloeien uit de initieel door de toezichthouder vastgestelde gestandaardiseerde activawaarde niet beïnvloedbaar zijn en dus volledig mogen worden doorberekend in de tarieven.

De Afdeling advisering van de Raad van State adviseert het voorstel naar de Tweede Kamer te zenden, maar acht op onderdelen een dragende motivering of aanpassing van het voorstel wenselijk. De Afdeling concludeert met betrekking tot de gestelde vragen dat de formele wetgever op grond van het EU-recht bevoegd is algemene kaders vast te stellen op het gebied van energiebeleid, ook als die indirect effect hebben op de tarieven. Nationale bepalingen die een voor de tariefstelling doorslaggevend element fixeren gaan echter verder dan zo'n algemeen kader en staan daardoor in ieder geval op gespannen voet met het EU-recht. De in de aanbiedingsbrief voorgestelde bepaling met betrekking tot de volledige doorrekening van de historische kapitaallasten betreft een voor de tariefstelling doorslaggevend element dat een aanmerkelijke invloed kan hebben op de hoogte van de tarieven.[4] *De vaststelling daarvan door de formele wetgever treedt in de bevoegdheid van de toezichthouder en tast zijn door het EU-recht voorgeschreven onafhankelijkheid aan. De Afdeling is daarom van oordeel dat een dergelijke bepaling in ieder geval op gespannen voet staat met het EU-recht.*

Voor het overige merkt de Afdeling onder meer op dat in het wetsvoorstel is gekozen voor een systeem waarbij het aanleggen en beheren van het transmissiesysteem op zee bij voorbaat wordt toegekend aan TenneT TSO B.V. De Afdeling acht het aangewezen deze keuze in het licht van het EU-recht nader te motiveren.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 23 december 2014, nr. 2014002504, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 27 maart 2015, nr. W15.14.0486/IV, bied ik U hierbij aan.

1. Tariefregulering transmissiesysteembeheerder

a. Inleiding

Drie vragen

Artikel 6.10, vierde lid, van het voorstel bepaalt dat de ACM bij het vaststellen van de methode voor het vaststellen van de transporttarieven (methodebesluit) rekening moet houden met de financierbaarheid van de transmissiesysteembeheerder en met landspecifieke kenmerken, waaronder de kwaliteit van het systeem. Vanuit dit vertrekpunt zijn aan de Afdeling drie, nauw met elkaar samenhangende, vragen voorgelegd.

---

[4] Voor alle duidelijkheid: deze bepaling is niet opgenomen in het voorgestelde artikel 6.10.

1. *In welke mate kan de formele wetgever, gelet op de Europese regelgeving, in aanvulling op het voorgestelde artikel 6.10, vierde lid, nadere kaders stellen voor het in artikel 6.10 bedoelde methodebesluit?*
2. *Zou het – ter nadere uitwerking van vraag 1 – bijvoorbeeld mogelijk zijn om in de wet te bepalen dat in het methodebesluit niet-beïnvloedbare kosten buiten beschouwing dienen te blijven? In dit verband wordt verwezen naar de situatie in Duitsland.*
3. *Zou het – indien vraag 2 bevestigend wordt beantwoord – mogelijk zijn om in de wet te bepalen dat de kosten die voortvloeien uit de initieel door de toezichthouder vastgestelde gestandaardiseerde activawaarde (de historische kapitaalkosten) niet-beïnvloedbaar zijn?*

Toelichting op de vragen

In Nederland zorgen vier hoofdrolspelers ervoor dat groot- en kleinverbruikers van elektriciteit en gas worden voorzien: de producent, de transmissiesysteembeheerder, de distributiesysteembeheer en de leverancier.
De producent is de natuurlijke persoon of de rechtspersoon die de elektriciteit opwekt of gas wint. De transmissiesysteembeheerder is de rechtspersoon die zorgt draagt voor het onderhoud van het landelijke elektriciteit- en gasnet en voorziet in het transport van elektriciteit en gas aan de grootverbruikers en het regionale distributienet. De distributiesysteembeheerder draagt op zijn beurt zorg voor het onderhoud van het regionale gas- en elektriciteitsnet en voorziet in het transport van gas en elektriciteit aan de kleinverbruikers: huishoudens, bedrijven en instellingen. De leverancier is de natuurlijke persoon of rechtspersoon die de elektriciteit of gas aan de groot- en kleinverbruikers verkoopt. De in de aanbiedingsbrief gestelde vragen zien specifiek op de transmissiesysteembeheerder.

Bij de richtlijnen 1996/92/EG[5] en 1998/30/EG[6] zijn gemeenschappelijke regels vastgesteld voor de productie, transmissie, distributie en levering van elektriciteit en gas. Deze richtlijnen zijn geïmplementeerd in de huidige Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet. Na de invoering van deze wetten zijn respectievelijk TenneT en Gasunie Transport Services B.V. (GTS)[7] aangewezen als transmissiesysteembeheerder. Om de onafhankelijke toegang tot het elektriciteits- en gasnet te waarborgen zijn TenneT en GTS in respectievelijk 2001 en 2005 voor 100% in handen van de staat gebracht.[8]

Met het oog op de wens tot een verdergaande liberalisering van de elektriciteits- en gasmarkten zijn in 2003 nieuwe richtlijnen vastgesteld voor elektriciteit en gas:
de richtlijnen 2003/54/EG[9] en 2003/55/EG[10]. Met deze richtlijnen is de figuur van de onafhankelijke regulerende instantie (hierna: de toezicht-

---

[5] Richtlijn nr. 1996/92/EG van het Europees parlement en de Raad van 19 december 1996 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit (Pb EG 1997, L 27).
[6] Richtlijn nr. 1998/30/EG van het Europees parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas (PB EG 1998, L 204).
[7] GTS is de dochter van Gasunie.
[8] Zie voor een uitgebreide weergave van het historisch verloop van de liberalisering van de elektriciteitsvoorzieningen en de oprichting van TenneT het rapport «Investeringen TenneT in Nederlands hoogspanningsnet; toezicht van het Rijk op het publiek belang» van de Algemene Rekenkamer van februari 2015 (Kamerstukken II 2014/15 28 165, nr. 181).
[9] Richtlijn 2003/54/EG van het Europees parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en houdende intrekking van Richtlijn 96/92/EG (PbEG L 176).

houder) ingesteld.[11] In Nederland is de ACM aangewezen als toezichthouder. Met de richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG zijn de eisen aan de onafhankelijkheid van de toezichthouder aangescherpt.

Eén van de taken van de ACM betreft de tariefregulering. Tariefregulering heeft als doel de systeembeheerders in afwezigheid van concurrentie te stimuleren tot efficiëntieverhoging. Door middel van de door de ACM te verrichten efficiëntietoets wordt ervoor gezorgd dat aan de afnemers geen hogere tarieven in rekening worden gebracht dan nodig is (betaalbaarheid). Daarbij is het wel de bedoeling dat de tarieven systeembeheerders in staat stellen hun bedrijfsvoering te financieren (financierbaarheid). Bij het bereiken van deze doelen speelt het EU-recht een belangrijke rol; de door de ACM te verrichten efficiëntietoets dient plaats te vinden binnen de door het EU-recht gegeven kaders.

Op grond van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet is de ACM verplicht om met het oog op de efficiëntietoets zogenoemde methodebesluiten vast te stellen.[12] In zo'n methodebesluit wordt ten minste de wijze van vaststelling van de verwachte efficiënte kosten bepaald, alsmede het efficiëntieniveau van een systeembeheerder, de verwachte efficiëntieverbetering, het gebruikelijke rendement, de rekenvolumina en de wijze van vaststelling van de kwaliteitsterm. Aan de hand van het methodebesluit wordt uiteindelijk bepaald welke tarieven de transmissiesysteembeheerder en distributiesysteembeheerders aan de afnemers in rekening mogen brengen.

De achtergrond van de gestelde vragen is, dat transmissiesysteembeheerders de kosten die zij maken voor de aankoop en het beheer van de door hen beheerde systemen alleen terug kunnen verdienen via de tarieven die door de ACM worden vastgesteld en die zij aan de gebruikers van die netten in rekening brengen. Kosten die niet via de tarieven kunnen worden verrekend blijven derhalve voor rekening van de beheerder en kunnen ten laste van de eigenaar komen wanneer dit tot dividendverlagingen leidt. In dit kader is de overname door de Staat in 2001 en 2005 van TenneT en GTS van belang. Een belangrijk aspect bij beide overnamen is de waardering van de activa. Hiertoe bepaalt de toezichthouder de zogenoemde «gestandaardiseerde activawaarde» (GAW) waarop de derde vraag in de aanbiedingsbrief ziet. Dit is de maximale waarde waarover de kapitaallasten mogen worden doorberekend. De waardering van de GAW bepaalt in belangrijke mate welk deel van de kapitaallasten mag worden doorberekend in de tarieven.
De toezichthouder gaat hierbij uit van de door haar zelf vastgestelde GAW. De waardering van de GAW van TenneT en GTS door de ACM en de doorwerking van die waardering in de tarieven is eerder onderwerp van discussie geweest en heeft onder andere geleid tot procedures bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.[13]

---

[10] Richtlijn 2003/55/EG van het Europees parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en houdende intrekking van Richtlijn 98/30/EG (PbEG L 176).

[11] Artikel 23 van richtlijn 2003/54/EG en artikel 25 van richtlijn 2003/55/EG.

[12] Artikel 41 van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 81 van de Gaswet.

[13] Zie onder andere de uitspraak van het CBb van 19 juni 2010 (NJB 2010, 1499). In deze zaak ging het om de beroepen ingesteld tegen de methodebesluiten van het ACM van 16 december 2008. De Minister van Economische zaken had in een beleidsregel de GAW van GTS vastgelegd. Bijgevolg heeft de ACM deze waarde verwerkt in de methodebesluiten. Volgens een aantal partijen dat beroep had ingesteld was de door de Minister vastgestelde waarde te hoog. Het CBb oordeelde dat de door de Minister te zake vastgestelde beleidsregel ten onrechte geen algemene aanwijzing behelsde, maar een bijzondere aanwijzing in een concreet geval, en daarmee in strijd was met de toen geldende Mededingingswet.

Uitgaande van de GAW stelt de ACM vervolgens het efficiëntieniveau vast met behulp van een benchmark die de kosten van een efficiënte en structureel vergelijkbare netbeheerder weergeeft De uitkomst van een benchmark van de ACM kan zijn dat bepaalde kosten van de netbeheerder als inefficiënt worden aangemerkt. Hierdoor kunnen de maximaal door te berekenen kapitaallasten (nog) lager uitvallen. Dat wil echter niet zeggen dat deze kosten niet (deels) kunnen doorwerken in de tarieven. Om de kwaliteit van de energievoorziening ook op langere termijn te waarborgen dient er binnen de bedrijfsvoering van de systeembeheerders ruimte te zijn voor innovatie. Het wordt vanuit dit gezichtspunt onwenselijk geacht deze kosten geheel voor rekening van de netbeheerder te laten. Daarom weegt de ACM naast efficiëntieprikkels en betaalbaarheid ook de financierbaarheid van de bedrijfsvoering mee bij de vaststelling van de tarieven.

Het gaat aldus om een afweging van belangen (betaalbaarheid en financierbaarheid) waarbij door de ACM per geval gekeken wordt naar de specifieke omstandigheden. Volledige doorwerking van inefficiënte kosten in de tarieven zal derhalve niet aan de orde kunnen zijn voor zover dit leidt tot hogere tarieven dan vanuit het oogpunt van betaalbaarheid wenselijk is. In de praktijk van de ACM maken de historische kosten (GAW) een degressief percentage uit van de tarieven; thans ongeveer 30% (TenneT) en 40% (GTS). In 2009 was dit voor TenneT nog ongeveer 80%.

De in de aanbiedingsbrief gestelde vragen komen erop neer in hoeverre het, gelet op het EU-recht, voor de formele wetgever mogelijk is om met betrekking tot het methodebesluit nadere regels te stellen, meer in het bijzonder regels over historische kosten, waardoor de ruimte van de toezichthouder tot tariefregulering ingeperkt wordt.

b. Europees toetsingskader

Op de tariefregulering van elektriciteit en gas zijn respectievelijk richtlijn 2009/72/EG en verordening 714/2009/EG[14] *en richtlijn 2009/73/EG en verordening 715/2009/EG*[15] *van toepassing.*

EU-regelingen inzake elektriciteit en gas

De Afdeling beperkt de behandeling in het hiernavolgende tot de relevante bepalingen uit de richtlijn en verordening inzake elektriciteit. De EU-regels voor gas zijn wat de systematiek betreft dezelfde en blijven daarom verder buiten beschouwing.

Wezenlijk voor de beoordeling van de in die aanbiedingsbrief gestelde vragen zijn met name de volgende drie bepalingen:

- *Artikel 35, vierde lid, van richtlijn 2009/72/EG, bepaalt, voor zover hier van belang, dat de lidstaten de onafhankelijkheid van de toezichthouder waarborgen en ervoor zorgen dat zij haar bevoegdheid op onpartijdige en transparante wijze uitoefent. Te dien einde moeten lidstaten er onder meer voor waken dat een toezichthouder bij het verrichten van de regulerende taken geen directe instructies verlangen van regeringen en dat de toezichthouder zelfstandig besluiten kan nemen onafhankelijk van enig politiek orgaan. Eventuele nauwe*

---

[14] Verordening 714/2009/EG van het Europees parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende de voorwaarden voor de toegang tot het net voor grensoverschrijdende handel in elektriciteit en tot intrekking van Verordening nr. 1228/2003 (Pb EU 2009, L 211).

[15] Verordening 715/2009/EG van het Europees parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende de voorwaarden voor de toegang tot aardgastransmissienetten en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1775/2005 (Pb EU 2009, L 211).

samenwerking met andere bevoegde nationale instanties of de toepassing van algemene beleidsrichtsnoeren worden door dit voorschrift onverlet gelaten.

- *Artikel 14, eerste lid, van verordening 714/2009/EG, bepaalt, voor zover hier van belang, dat de door de netwerkbeheerders gehanteerde tarieven voor nettoegang transparant moeten zijn, rekening moeten houden met de noodzakelijke zekerheid van het netwerk en een afspiegeling moeten vormen van de werkelijk gemaakte kosten, voor zover deze overeenkomen met die van een efficiënte en structureel vergelijkbare netbeheerder en op niet-discriminerende wijze worden toegepast.*
- *Artikel 21 van verordening 714/2009/EG, bepaalt, voor zover hier van belang, dat deze verordening geen afbreuk doet aan het recht van de lidstaten om maatregelen te handhaven of in te voeren die meer gedetailleerde voorschriften bevatten dan die welke in deze verordening zijn vervat.*

Onafhankelijkheid toezichthouder

Richtlijn 2009/72/EG voorziet in een toedeling van taken en bevoegdheden aan de lidstaat en de toezichthouder. Tevens stelt de richtlijn waarborgen die ervoor moeten zorgen dat de toezichthouder onafhankelijk kan opereren.
Kernbepaling is artikel 35 van richtlijn 2009/72/EG. Zoals hiervoor vermeld volgt uit dit artikel dat de nationale regering een toezichthouder omtrent het verrichten van zijn regulerende taken geen directe instructies mag geven en dat de toezichthouder zelfstandig besluiten kan nemen onafhankelijk van enig politiek orgaan. Als een zodanig orgaan moet ook de formele wetgever worden beschouwd. Wel geoorloofd is dat politieke organen algemene beleidsrichtsnoeren vaststellen.

De richtlijn geeft niet concreet aan hoe ver organen als de formele wetgever precies mogen gaan bij die toepassing van algemene beleidsrichtsnoeren en wanneer die toepassing leidt tot een inbreuk op de onafhankelijkheid van de toezichthouder. Wel is door de Europese Commissie een interpretatieve mededeling opgesteld die ter zake enige nadere afbakening geeft.[16] *Hieruit volgt dat de algemene richtsnoeren betrekking kunnen hebben op het energiebeleid, in het verlengde van de verantwoordelijkheid die de politieke organen binnen de lidstaten op dit punt hebben.*[17] *In dit verband kan worden gewezen op de volgende passages uit die mededeling:*

«The Electricity and Gas directives do not deprive the government of the possibility of establishing and issuing its national energy policy. This means that, depending on the national constitution, it could be the government's competency to determine the policy framework within the NRA must operate, e.g. concerning security of supply, renewables or energy efficiency targets. However, general energy policy guidelines issued by the government must not encroach on the NRA's independence and autonomy.»

alsook:

---

[16] Commission Staff working paper, 22 January 2010: Interpretative note on Directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in electricity and Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas (the regulatory authorities).

[17] Artikel 35, vierde lid, aanhef en onder b, sub ii, en artikel 35, vijfde lid, aanhef en onder d.

«The core duties of the NRA as regards network tariffs do not deprive the Member State of the possibility to issue general policy guidelines which ultimately will have to be translated by the NRA into the tariff structure and methodology.»

Voorts is van belang de inmiddels vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) waarin de onafhankelijkheidseisen van de toezichthouders op ruime en teleologische wijze worden uitgelegd.[18] Dit betekent dat de bevoegdheid van organen als de formele wetgever om nadere beleidskaders te stellen, aan beperkingen onderworpen is. Deze rechtspraak betreft weliswaar andere terreinen, waaronder de telecom-toezichthouders, maar aannemelijk is dat deze uitleg ook moet gelden voor de richtlijnen inzake elektriciteit en gas.[19]

Gelet hierop lijkt in ieder geval terughoudendheid aangewezen bij het ingrijpen door de formele wetgever met betrekking tot de wijze van tariefstelling door de toezichthouder. Uit een arrest van het Hof van 29 oktober 2009 met betrekking tot richtlijn 2003/54/EG kan voorts worden afgeleid dat de formele wetgever in ieder geval niet mag treden in de bevoegdheid van de toezichthouder tot «het vaststellen van de doorslaggevende elementen» voor de berekening van de tarieven.[20] In dit arrest ging het om een wettelijke regeling die het mogelijk maakte dat de regering besliste over bepaalde elementen in de tariefstelling, meer in het bijzonder «amortissements» (aflossingen, afschrijvingen) en de winstmarge. Het Hof oordeelde dat het toekennen van de bevoegdheid tot het vaststellen van de doorslaggevende elementen voor het berekenen van de

[18] HvJ EU 24 april 2008, C-55/06, Arcor AG & Co. KG/Duitsland, ECLI:EU:C:2008:244, HvJ EU 3 december 2009, C-424/07, Commissie/Duitsland, ECLI:EU:C:2009:749, HvJ EU 9 maart 2010, C-518/07, Commissie/Duitsland, ECLI:EU:C:2010:125 en HvJ EU 16 oktober 2012, C-614/10, Commissie/Oostenrijk, ECLI:EU:C:2012:631.
Zie ook S. Lavrijssen en A. Ottow, «The legality of independent Regulatory Authorities» in: Besselink, Pennings and Prechal (red.), *The eclipse of the Legality Principle in the European Union*, Kluwer Law, 2011, pp. 73–95.

[19] Zie eveneens S. Lavrijssen en A. Ottow, «The legality of independent Regulatory Authorities» in: Besselink, Pennings and Prechal (red.), *The eclipse of the Legality Principle in the European Union*, Kluwer Law, 2011, pp. 73–95.

[20] Arrest van het HvJ EU van 29 oktober 2009, zaak C-474/08, Commissie/België, ECLI:EU:C:2009:681. Een officiële, integrale vertaling van dit arrest in het Nederlands ontbreekt. Alleen van het dictum bestaat een officiële vertaling van het Hof. Deze luidt, voor zover hier van belang: «Het Koninkrijk België is de verplichtingen niet nagekomen die op hem rusten krachtens richtlijn 2003/54/EG (...) door in strijd met artikel 23, lid 2, sub a (...) aan een andere instantie dan de regelgevende instantie de bevoegdheid te verlenen om met betrekking tot bepaalde elektriciteitstransportinstallaties doorslaggevende elementen voor de berekening van de tarieven te bepalen.» De dragende overwegingen van het arrest in de authentieke Franse taal zijn de volgende: «Il convient de constater que, dans un tel contexte, l’intervention du Roi dans la détermination d»éléments importants pour la fixation des tarifs, tels que la marge bénéficiaire, soustrait à la CREG les compétences de réglementation qui, en vertu de l’article 23, paragraphe 2, sous a), de la directive, devraient lui revenir (...) En effet, l’attribution desdits pouvoirs au Roi réduit l»étendue des compétences conférées à l’autorité de régulation par la directive, dès lors que, dans l’approbation des tarifs, la CREG est liée par les règles particulières sur la détermination des amortissements et de la marge bénéficiaire établies par le Roi.Il convient en conséquence de constater que, en attribuant à une autorité autre que l’autorité de régulation la compétence pour définir des éléments déterminants pour le calcul des tarifs en ce qui concerne certaines installations de transport de l»électricité, le Royaume de Belgique a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l’article 23, paragraphe 2, sous a), de la directive.»

tarieven aan de regering in plaats van aan de toezichthouder in strijd is met richtlijn 2003/54/EG.[21]

De Europese Commissie sluit hier blijkens haar eerder genoemde interpretatieve mededeling bij aan:

«However, these guidelines should not encroach on the NRA's competences or infringe any of the requirements of the Electricity and Gas Directives and Regulations. Although a Member State could e.g. issue a general policy guideline with regard to attracting investments in renewables, the Commission's services would consider a rule setting the profit margin in the cost-plus tariff as a prohibited direct instruction to the NRA.» [22]

Regels voor tarifering

Verordening 714/2009/EG is een aanvulling op richtlijn 2009/72/EG en voorziet in de grondbeginselen voor tarifering.[23]

Kernbepaling is het eerder genoemde artikel 14, dat in het eerste lid onder andere bepaalt, dat de tarieven voor de toegang tot het net een afspiegeling moeten vormen van de werkelijk gemaakte kosten, voor zover die overeenkomen met die van een efficiënte en structureel vergelijkbare netbeheerder. Hieruit kan worden afgeleid dat sprake is van een dubbele toets:
- *er moet sprake zijn van werkelijk gemaakte kosten;*
- *die kosten worden slechts in aanmerking genomen voor zover die overeenkomen met die van een efficiënte en structureel vergelijkbare netbeheerder (efficiëntietoets).*

Artikel 21 van verordening 714/2009/EG voorziet in de mogelijkheid voor lidstaten om maatregelen te handhaven of in te voeren die meer gedetailleerde voorschriften bevatten dan die welke in deze verordening zijn vervat. De verordening bevat geen nadere duiding hoe ver de lidstaat precies mag gaan bij het stellen van die meer gedetailleerde voorschriften voor zover het de tarieven betreft. Ook is over artikel 21 van verordening 714/2009 nog geen rechtspraak van het Hof beschikbaar. Uit de formulering van artikel 21 en de structuur van de verordening kan evenwel worden afgeleid dat zij de mogelijkheid biedt om de in de verordening

---

[21] In vergelijkbare zin, maar dan met betrekking tot telecommunicatie, het arrest van het Hof van HvJ EU van 3 december 2009, C-424/07, Commissie/Duitsland, ECLI:EU:C:2009:749. In dit arrest oordeelde het Hof dat door te voorzien in een wettelijke bepaling waardoor de regulering van nieuwe markten door de toezichthouder is uitgesloten en waarin de voorkeur voor één enkele specifieke reguleringsdoelstelling aan de dag wordt gelegd (te weten efficiënte investeringen op het gebied van infrastructuur aanmoedigen en innovaties steunen) bij de door die toezichthouder uit te voeren analyse van de regulering van een nieuwe markt, afbreuk wordt gedaan aan de onafhankelijkheid van de toezichthouder.

[22] In vergelijkbare zin de volgende passage uit het document «Policy guidelines by the Energy Community Secretariat on the Independence of National Regulatory Authorities» (PG O_2/2015 28 January 2015): *«The independence requirements of the Third Package do not in principle limit the government in establishing its national energy policy within which the NRA must operate, e.g. concerning security of supply, renewables or energy efficiency targets. This, however, shall not result in interventions in the NRA's autonomy. While, e.g., a general policy commitment towards the support of renewable energy sources would be uncritical, the definition of a specific support level must be seen critical in case setting of support fees is a competence of the NRA.»*

[23] Zie punt 10 van de considerans van verordening 714/2009/EG.

neergelegde beginselen voor tarifering met nationale bepalingen aan te vullen, maar niet om daarvan af te wijken.[24]

Conclusie

Op grond van het EU-recht zijn algemene beleidsrichtsnoeren van de formele wetgever voor energiebeleid toegestaan, ook al hebben deze uiteindelijk indirect effect op de tariefstelling. De formele wetgever mag op het punt van tarifering gedetailleerdere voorschriften stellen (artikel 21 van verordening 714/2009/EG), maar die mogen niet afwijken van de verordening (artikel 14) en – in samenhang daarmee – evenmin de onafhankelijkheid van de toezichthouder aantasten (artikel 35 van richtlijn 2009/72/EG). Als het gaat over de tariefvaststelling, mag de formele wetgever gelet op de hiervoor genoemde rechtspraak[25] *in ieder geval niet treden in de bevoegdheid van de toezichthouder tot het vaststellen van de doorslaggevende elementen van de methode of tariefvaststelling.*

c. Beantwoording van de vragen

1) In welke mate kan de formele wetgever, gelet op de Europese regelgeving, in aanvulling op het voorgestelde artikel 6.10, vierde lid, nadere kaders stellen voor het in artikel 6.10 bedoelde methodebesluit?

Op grond van het bovenstaande kan worden gesteld dat de formele wetgever in algemene zin bevoegd is energiebeleidskaders te stellen. Op het punt van tarifering mag de formele wetgever op grond van artikel 21 verordening 714/2009/EG gedetailleerdere voorschriften vaststellen dan in deze verordening zijn vervat, mits deze voorschriften blijven binnen de grenzen van artikel 14 van de verordening. In dit artikel is bepaald dat het de taak voor de toezichthouder is om tarieven vast te stellen die een afspiegeling zijn van de werkelijk gemaakte kosten, voor zover die overeenkomen met die van een efficiënte en structureel vergelijkbare systeembeheerder.

Het in het wetsvoorstel opgenomen artikel 6.10, vierde lid, lijkt vanuit dit gezichtspunt geoorloofd. Zij betreft een nadere detaillering op de voet van artikel 21 van verordening 714/2009/EG, maar blijft binnen de grenzen van artikel 14 van verordening 714/2009/EG en maakt in samenhang daarmee geen inbreuk op de onafhankelijke taakuitvoering door de ACM. Op zichzelf gezien is er evenmin bezwaar tegen indien de formele wetgever in aanvulling op het voorgestelde artikel 6.10, vierde lid, nadere kaders zou stellen. Deze kunnen gelet op artikel 21 verordening 714/2009/EG gedetailleerder zijn dan hetgeen door het EU-recht wordt voorgeschreven. In zoverre kan de eerste vraag in algemene zin bevestigend worden beantwoord, mits de bedoelde kaders geen afbreuk doen aan de in artikel 14 van diezelfde verordening neergelegde uitgangspunten voor de tariefstelling door de onafhankelijke toezichthouder.

---

[24] Vgl. het arrest van het Hof van 24 april 2008, zaak C-55/06, Arcor AG & Co. KG/Duitsland, ECLI:EU:C:2008:244. In deze zaak was onder meer een prejudiciële vraag gesteld over artikel 1, vierde lid, van verordening 2887/2000 inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk voor telecommunicatie. Dit artikel bepaalt dat deze verordening niet afdoet aan het recht van de lidstaten om met inachtneming van het communautaire recht, maatregelen te handhaven of in te voeren die meer uitgebreide voorschriften bevatten dan deze verordening. Het Hof overwoog dat deze bepaling de betrokken lidstaten niet de mogelijkheid biedt om door de invoering van nationale maatregelen van de beginselen van de verordening af te wijken. In dit verband zij voorts nog opgemerkt dat maatregelen die door de formele wetgever worden genomen met toepassing van artikel 21 van de verordening niet in strijd mogen komen met het primaire EU-recht (m.n. vrij verkeer en mededinging). Hierop wordt in dit advies niet verder ingegaan, nu de belangrijkste begrenzing voor de gedetailleerdere maatregelen in artikel 14 van de verordening zelf besloten ligt.

[25] Arresten C-474/08 en C-424/07.

2) Zou het mogelijk zijn om – mede gelet op de Duitse wetgeving – in de wet te bepalen dat in het methodebesluit niet-beïnvloedbare kosten buiten beschouwing dienen te blijven?

Het EU-recht geeft over de vraag of de formele wetgever onderscheid zou mogen maken tussen beïnvloedbare kosten en niet-beïnvloedbare kosten en aldus de beoordelingsruimte van de toezichthouder zou mogen beperken, geen andere aanknopingspunten dan hetgeen hiervoor onder punt 1b reeds is aangegeven. Op basis van deze regels kan niet op voorhand worden geconcludeerd dat met een dergelijke bepaling op onaanvaardbare wijze wordt getreden in de bevoegdheid van de toezichthouder tot het vaststellen van (de doorslaggevende elementen van) tariefvaststelling. Dit geldt naar het oordeel van de Afdeling niet alleen voor de tariefvaststelling, maar ook voor het methodebesluit.

Het gaat hier om een nadere detaillering, die op grond van artikel 21 van de verordening 714/2009/EG in beginsel toelaatbaar is. Hierbij geldt de beperking dat het geen afwijking van artikel 14 mag vormen. Artikel 14 gebiedt de toezichthouder weliswaar uit te gaan van de «werkelijk gemaakte kosten», maar schrijft met betrekking tot de tarieven alleen voor dat deze «een afspiegeling moeten vormen» van de werkelijk gemaakte kosten (na de efficiëntietoets). Deze formulering lijkt enige ruimte te bieden voor nadere bepalingen omtrent de bij de benchmark in aanmerking te nemen kosten.

Indien de formele wetgever zou volstaan met een algemeen voorschrift dat niet-beïnvloedbare kosten buiten beschouwing dienen te blijven, dan lijkt dat gelet op het bovenstaande uit Europeesrechtelijk oogpunt niet ontoelaatbaar. Daarbij is wel van belang hoe een dergelijke bepaling nader wordt ingevuld. Zo zal het eerder conform het EU-recht zijn indien de bepaling van wat als niet-beïnvloedbare kosten worden aangemerkt aan de ACM wordt overgelaten. Indien de formele wetgever het zelf verder wil invullen, dan komen de Europeesrechtelijke grenzen snel in zicht.

Doorslaggevend is de inhoud van de betreffende bepaling. In dit verband merkt de Afdeling op dat in de Duitse wetgeving[26]*, waarnaar in de vraag wordt verwezen, onderscheid wordt gemaakt tussen beïnvloedbare kosten en niet-beïnvloedbare kosten, en daarbij alleen die kosten als niet-beïnvloedbaar worden aangemerkt, wanneer zij dat ook in het verleden niet waren.*[27] *Een evident voorbeeld – in de Duitse wetgeving uitdrukkelijk genoemd – is de vennootschapsbelasting. Niet betwistbaar is dat een systeembeheerder de uit deze belasting voortvloeiende kosten niet kan beïnvloeden. Het aanmerken van deze kosten als niet-beïnvloedbaar past binnen het doel van het EU-recht om de efficiëntie te bevorderen. Gelet op het feit dat op de onderhavige situatie betrekking hebbende Europese rechtspraak ontbreekt waaruit het tegendeel blijkt, is verdedigbaar dat wettelijke voorschriften waarover geen discussie kan*

[26] Paragraph 11 (Beeinflussbare und nicht beeinflussbare Kostenanteile) van de Anreizregulierungsverordnung.

[27] Dit standpunt lijkt te zijn bevestigd in de Duitse rechtspraak; een Duitse rechter heeft overwogen dat de aanschafkosten niet uitgezonderd zijn van de efficiëntietoets omdat het gaat om kosten die gemoeid zijn met het ontstaan van de onderneming. Daarbij werd als volgt overwogen: *„Beeinflussbar sind damit all die Kosten, an deren Entstehung das Unternehmen in irgendeiner Weise beteiligt war und ist, d.h. solche, die durch Entscheidungen des Netzbetreibers beeinflusst werden. Dabei kommt es allein auf die abstrakte Möglichkeit der Beeinflussbarkeit an. In den Regelbeispielen des § 21 a Abs. 4 Satz 2 EnWG hat der Gesetzgeber beispielhaft aufgeführt, welche Kostenanteile er als tatsächlich nicht beeinflussbar ansieht.»* (OLG Stuttgart v. 15.03.2012 – 202 EnWG 2/11, juris.).

ontstaan omdat daarin slechts evident niet-beïnvloedbare kosten als zodanig worden aangemerkt, met het EU-recht verenigbaar zijn.

Anders ligt het echter bij kosten waarvan niet buiten twijfel staat dat zij niet-beïnvloedbaar zijn. De formele wetgever mag geen bepaling formuleren die erop neer komt dat kosten die de ACM mogelijk als beïnvloedbaar zal aanmerken, categorisch buiten de door de ACM te verrichten efficiëntietoets worden gehouden. Dit verdraagt zich niet met artikel 14 van verordening 714/2009/EG en maakt tevens inbreuk op zijn krachtens artikel 35 van de richtlijn 2009/72/EG te waarborgen onafhankelijkheid.[28]

3) Zou het mogelijk zijn om in de wet te bepalen dat de kosten die voortvloeien uit de initieel door de toezichthouder vastgestelde gestandaardiseerde activawaarde (de historische kapitaalkosten) niet beïnvloedbaar zijn?

Zoals hiervoor reeds uiteengezet, moet worden beoordeeld of de formele wetgever met een voorschrift als in de vraagstelling aangeduid (op de voet van artikel 21 van de verordening 714/2009) treedt in de bevoegdheid van de toezichthouder tot het vaststellen van de doorslaggevende elementen voor de berekening van de tarieven (arrest C-474/08) en daarmee inbreuk maakt op artikel 14 van de verordening.

Allereerst merkt de Afdeling op dat de historische kapitaalkosten (d.w.z. financieringskosten en afschrijvingen) als beïnvloedbaar moeten worden aangemerkt. De omstandigheid dat de kosten die gemoeid zijn met de overname van het elektriciteits- en gasnet thans niet meer beïnvloedbaar zijn, neemt niet weg dat deze bij de onderhandelingen voor de verkrijging in 2001 en 2005 wél beïnvloedbaar waren.[29] *Deze kosten zijn immers het gevolg van een op basis van overeenstemming bereikt onderhandelingsresultaat en derhalve niet van externe factoren die door partijen niet konden worden beïnvloed.*

Voorts merkt de Afdeling op dat historische kapitaalkosten weliswaar een indicatie kunnen vormen van de kosten die een efficiënte systeembeheerder zal moeten maken voor de verwerving, aanleg of instandhouding van een net, maar dat niet kan worden gezegd dat deze kosten zonder meer en zonder enige restrictie efficiënt zijn. Een wettelijke bepaling die inhoudt dat de historische kapitaalkosten buiten het methodebesluit gelaten worden, brengt met zich dat de volledige financieringsstructuur inclusief looptijden, rentepercentages, overige modaliteiten en tussentijdse aanpassingen voor de toezichthouder als gegeven beschouwd moeten worden en niet getoetst behoeven te worden. Dit heeft een aanmerkelijke invloed op de hoogte van de tarieven.[30]

In dat geval gaat de formele wetgever verder dan het stellen van algemene kaders en is in ieder geval sprake van het fixeren van voor de tariefstelling doorslaggevende elementen. Naar het oordeel van de Afdeling zou een wettelijke bepaling die voorschrijft dat de historische kapitaalkosten als niet-beïnvloedbaar worden aangemerkt, dan ook betekenen dat daarmee een voor de berekening van de tarieven doorslaggevend element wordt vastgesteld.

---

[28] Zie in dit verband arrest C-424/07.
[29] Dit sluit ook aan bij de rechtspraak in Duitsland, genoemd onder voetnoot 25.
[30] Zie ook paragraaf 1a, waarin wordt weergegeven dat het aandeel van deze kosten in de tarieven volgens de huidige benchmark reeds 30 respectievelijk 40% is.

De Afdeling concludeert dan ook dat het opnemen van een dergelijke bepaling in ieder geval op gespannen voet staat met artikel 14 van verordening 714/2009/EG. De mogelijkheid om op grond van artikel 21 van die verordening nadere voorschriften te stellen, geeft geen aanleiding voor een andere opvatting;
artikel 21 kan niet zo worden uitgelegd dat zij de mogelijkheid biedt voor een nationale bepaling die van artikel 14 afwijkt.

De Afdeling onderkent de implicaties van het vorenstaande voor transmissiesysteembeheerders en – vanwege staatsdeelnemingen – de overheid, met name waar het gaat om in het verleden gemaakte kosten van investeringen en overnames. Zij merkt op dat de kans dat deze problematiek zich zal herhalen, gezien het systeem van richtlijn 2009/72/EG, thans niet meer zo groot lijkt. In dit verband wordt gewezen op de verplichting van de systeembeheerder om periodiek een investeringsplan op te stellen en dat voor te leggen aan de ACM.[31] *Het ligt voor de hand dat kapitaalkosten die door de ACM in het kader van het investeringsplan zijn goedgekeurd, in beginsel zullen kunnen worden doorberekend in de tarieven.*[32] *Aldus kan worden voorkomen dat later knelpunten ontstaan.*

Overige opmerkingen

1. Tariefregulering transmissiesysteembeheerder

Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State (hierna: de Afdeling) geeft de gewenste duidelijkheid over de vraag in welke mate de formele wetgever nadere kaders kan stellen voor het in artikel 6.10 bedoelde methodebesluit en in hoeverre het mogelijk is om in de wet te bepalen dat de kosten die voortvloeien uit de initieel door de toezichthouder vastgestelde gestandaardiseerde activawaarde (de historische kapitaalkosten) als niet-beïnvloedbare kosten in de regulering moeten worden betrokken. Het advies ondersteunt de lijn van het wetsvoorstel.
De Afdeling geeft in het advies aan dat de wetgever aanvullend een onderscheid kan maken tussen beïnvloedbare kosten en niet-beïnvloedbare kosten. Daarbij merkt de Afdeling op dat verordening (EG) nr. 714/2009 de wetgever nauwelijks ruimte geeft om te bepalen welke kosten als niet-beïnvloedbare kosten moeten worden aangemerkt omdat deze bevoegdheid toekomt aan de toezichthouder. Gelet op deze opmerking is aan artikel 6.10 van het wetsvoorstel toegevoegd dat de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) bij de vaststelling van het efficiëntieniveau van een transmissiesysteembeheerder de niet-beïnvloedbare kosten voor zover mogelijk niet betrekt. Voor zover de niet-beïnvloedbare kosten wel zijn betrokken bij de vaststelling van het efficiëntieniveau worden deze niet betrokken bij de toepassing van het vastgestelde efficiëntieniveau. Hiermee geeft de wetgever aan dat de toezichthouder een onderscheid kan maken tussen beïnvloedbare en niet-beïnvloedbare kosten zonder dat de wetgever zich uitlaat welke kosten in welke categorie vallen; die bevoegdheid wordt aan de toezichthouder gelaten.
De duidelijkheid over de bevoegdheidsverdeling tussen wetgever en de ACM en de vaststelling dat alleen de ACM bevoegd is met betrekking tot

---

[31] Zie in dit verband artikel 22 van richtlijn 2009/72/EG met betrekking tot het netontwikkelingsplan, geïmplementeerd in artikel 5.5 van het voorstel. Genoemd artikel van de richtlijn expliciet bepaalt *dat het netontwikkelingsplan efficiënte maatregelen bevat om de doelmatigheid van het systeem en de leverings- en voorzieningszekerheid te garanderen.* Hieruit kan worden afgeleid dat de toezichthouder bij het netwerkplan expliciet moet toetsen op efficiëntie. Dit maakt het noodzakelijk hierbij ook de financieringsstructuur te betrekken.

[32] Volledigheidshalve zij erop gewezen dat deze problematiek niet alleen de transmissiesystemen maar ook de distributiesystemen betreft.

de reguleringstaken, brengt een belangrijke verantwoordelijkheid voor de ACM met zich mee. Het is daarmee immers aan de ACM om op gepaste wijze invulling te geven aan de reguleringstaken, de verschillende belangen die spelen bij de regulering te wegen en daar op een duidelijke en transparante wijze verantwoording over af te leggen in haar besluiten. Tevens is in artikel 6.10 aangepast dat de landspecifieke kenmerken niet slechts meegewogen moeten worden bij de toepassing van het efficiëntieniveau, maar al zo veel mogelijk bij de vaststelling daarvan betrokken moeten worden.

2. Tarieven en schadevergoeding wind op zee

Artikel 6.19 bepaalt, dat indien een transmissiesysteembeheerder in verband met een transmissiesysteem op zee een schadevergoeding op grond van artikel 5.27 heeft betaald, de ACM deze schadevergoeding bij de tariefstelling moet betrekken. Bij grove nalatigheid wordt een drempel van € 10 miljoen gehanteerd.[33]
De toelichting op dit artikel is voor verschillende uitleg vatbaar: onduidelijk is of de kosten al dan niet integraal via de tarieven kunnen worden omgeslagen. De Afdeling merkt in dit verband op – in aansluiting op hetgeen zij hiervoor in punt 1 heeft uiteengezet – dat een uitleg van het voorgestelde artikel 6.19 die erop neer zou komen dat de desbetreffende schadevergoedingen integraal in de tarieven moeten worden verwerkt, waarbij de ACM geen efficiëntietoets zou mogen toepassen, in strijd zou komen met artikel 14 van verordening 714/2009 en de onafhankelijkheid van de ACM aantast.

De Afdeling adviseert de toelichting op dit punt te verduidelijken in lijn met hetgeen zij hiervoor in punt 1 heeft uiteengezet.

2. Tarieven en schadevergoeding wind op zee

Naar aanleiding van de opmerkingen van de Afdeling is in de toelichting op artikel 6.19 verduidelijkt dat het aan de ACM is om te bepalen hoe de schadevergoedingen die een transmissiesysteembeheerder op grond van artikel 5.27 heeft betaald bij de tariefstelling worden betrokken. De schadevergoedingen zullen voortvloeien uit het bij of krachtens de wet bepaalde, dus in beginsel zal daarin geen efficiëntieslag door de transmissiesysteembeheerder op zee gemaakt kunnen worden. Het is evenwel aan ACM dit vast te stellen. Er is derhalve geen sprake van een verplichting om de desbetreffende schadevergoedingen integraal in de tarieven te verwerken zonder dat de ACM daarop een efficiëntietoets zou mogen toepassen.

3. Transmissiesysteembeheer op zee

Blijkens de opzet van het voorstel is bij het transmissiesysteembeheer op zee sprake van een afzonderlijk transmissiesysteem.[34] Alleen de rechtspersoon die is gecertificeerd en die is aangewezen als transmissiesysteembeheerder kan als transmissiesysteembeheerder voor het transmissiesysteem op zee worden aangewezen.[35] Alleen wie eigenaar is van een transmissiesysteem kan worden aangewezen.[36] Dientengevolge kan alleen TenneT worden aangewezen. Dit sluit aan bij de in de toelichting en krachtens het eerdere beleid geformuleerde uitgangspunten.

---

[33] Artikel 6.19, tweede lid.
[34] Zie bijvoorbeeld de definitiebepalingen in artikel 1.1.
[35] Artikel 24, eerste lid, onderdeel g.
[36] Artikel 4.3.

a. *In de toelichting* [37] *wordt niet nader uiteengezet waarom is gekozen voor een systeem waarbij het aanleggen en beheren van het transmissiesysteem op zee wordt toegekend aan TenneT. In het Energieakkoord is vermeld dat TenneT deze taak zal uitvoeren.* [38] *In de Beleidsbrief STROOM is over de keuze voor uitvoering door TenneT vermeld, dat de overwegingen om het publieke belang van een betrouwbare, betaalbare en schone energievoorziening te borgen door TenneT aan te wijzen als netbeheerder op land, ook gelden voor het netwerk op zee, dat het niet (kosten)efficiënt is om meerdere netwerken op zee naast elkaar te hebben, en dat overheidsinterventie om betaalbaarheid en betrouwbaarheid te waarborgen door middel van de aanwijzing van TenneT daarom gewenst is.* [39]
De Afdeling begrijpt de wens om te voorkomen dat er verschillende netwerken op zee naast elkaar ontstaan en dat overheidsinterventie om de betaalbaarheid en betrouwbaarheid waarborgen, gewenst is. Het vestigen van een monopolie kan daartoe een geëigend middel zijn, mits in het licht van artikel 106 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) een gerechtvaardigd algemeen belang wordt gediend en de maatregel noodzakelijk en proportioneel is.[40] *De keuze voor de aanwijzing van TenneT moet mede in dat licht bezien nader worden beargumenteerd.*
De Afdeling adviseert in de toelichting nader in te gaan op de gemaakte keuze in het licht van artikel 106 VWEU.
b. *Uit de toelichting wordt niet duidelijk of sprake zal zijn van geïntegreerd transmissiesysteembeheer voor land en voor zee, dan wel van gescheiden transmissiesysteembeheer voor land en voor zee. Wel maakt de Afdeling uit de opzet van de tarieven op dat afzonderlijke kostenberekening voor transmissiesysteembeheer op zee nodig is, onder andere in verband met de toepassing van de SDE+ regeling en mogelijk ook in verband met (andere) staatssteunaspecten. Indien sprake is van geïntegreerd transmissiesysteembeheer door TenneT zal een (interne) boekhoudkundige scheiding moeten worden aangebracht om de kosten voor het transmissiesysteembeheer afzonderlijk te kunnen berekenen met het oog op subsidieverlening (SDE+) en het voorkomen van overcompensatie daarbij.*
De Afdeling adviseert in de toelichting nader in te gaan op de praktische uitwerking van het transmissieysteembeheer op zee.

3. Transmissiesysteembeheer op zee

a. De Europese aspecten van het systeembeheer en de relatie met artikel 106 VWEU worden besproken in paragraaf 5.2 van de toelichting. Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is de keuze voor de aanwijzing van TenneT als transmissiesysteembeheerder voor het netwerk op zee in deze paragraaf van een nadere onderbouwing voorzien. Daarnaast zijn de inhoudelijke overwegingen voor de aanwijzing van TenneT in paragraaf 6.7 van de toelichting nader uiteengezet.
b. In lijn met het advies van de Afdeling is in paragraaf 7.4 van de toelichting aandacht besteed aan de praktische uitwerking van het transmissiesysteembeheer op zee, waarbij is aangegeven dat TenneT een separate boekhouding dient bij te houden met betrekking tot het

---

[37] Paragraaf 6.7.
[38] Kamerstukken II 2012/13, 30 196, nr. 202.
[39] Kamerstukken II 2013/14, 31 510, nr. 49.
[40] HvJ EU 25 oktober 2001, C-475/99, Ambulanz Glöckner, ECLI:EU:C:2001:577. Zie in dit verband ook het advies van de Raad van State over het voorstel van wet tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en van de Gaswet in verband met nadere regels omtrent een onafhankelijk netbeheer (Kamerstukken II 2004/05, 30 212, nr. 4).

transmissiesysteem op zee omdat daarbij niet alleen sprake is van een specifieke bekostiging zoals de Raad terecht signaleert, maar ook van een aparte aanwijzing van TenneT als transmissiesysteembeheerder op zee met de wettelijke taken die daarbij horen.
De noodzaak van een separate boekhouding geldt dus ongeacht de vraag of de transmissiesystemen voor elektriciteit op zee door TenneT integraal beheerd zullen worden of niet.

4. Verkabeling

In artikel 5.7 is geregeld dat een systeembeheerder op verzoek bovengrondse leidingen vervangt door ondergrondse (verkabeling). Daarbij wordt 25% van de kosten betaald door de verzoeker (meestal de gemeente waar de desbetreffende kabel zich bevindt).[41] *Volgens de toelichting op dit artikel gebeurt dit omdat het hoogspanningsdossier een gezamenlijke verantwoordelijkheid is, waarbij ontstane situaties niet door één partij zijn ontstaan, maar bewoners, gemeenten, het Rijk en systeembeheerders in het verleden keuzes hebben gemaakt.*

In de toelichting[42] *wordt echter niet toereikend gemotiveerd waarom is gekozen voor een vast percentage dat door de verzoeker moet worden opgebracht. Evenmin wordt gemotiveerd waarom daarbij is gekozen voor een percentage van 25%.*

De Afdeling adviseert de kostenverdeling voor de verkabeling in de toelichting te voorzien van een dragende motivering en het voorstel zo nodig aan te passen.

4. Verkabeling

Door de Afdeling is gevraagd naar de motivering voor de eis dat 25% van de kosten die gemoeid zijn met het verkabelen van een tracé gedragen dienen te worden door de verzoeker. Naar aanleiding van het advies zijn in de memorie van toelichting de redenen hiervoor nader verduidelijkt. De primaire reden voor deze bijdrage is dat de situaties niet door toedoen van één partij zijn ontstaan. Bewoners, gemeenten, het Rijk en de systeembeheerders hebben hierover in het verleden keuzes gemaakt. Dit heeft ertoe geleid dat in de loop van de tijd situaties zijn ontstaan waar woningen en hoogspanningsverbindingen dicht bij elkaar staan. Daarom is het vanzelfsprekend dat bovengenoemde partijen samen naar een oplossing zoeken en dus ook samen de kosten dragen. Met de drempelbijdrage van 25% wordt daarnaast voorkomen dat tot verkabeling wordt overgegaan op plekken waar (lokale) partijen niet bereid zijn om een gedeelte van de te maken kosten te dragen.

5. Eén wet

De toelichting[43] *gaat uitgebreid in op het doel dat met het voorstel is beoogd: stroomlijning, optimalisering en modernisering. In dit verband wordt opgemerkt dat er onnodige verschillen bestaan tussen de huidige Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet. Alleen als dat noodzakelijk is, wordt onderscheid gemaakt tussen gas en elektriciteit, aldus de toelichting.*

De Afdeling onderschrijft de doelstelling van stroomlijning en modernisering en is van oordeel dat het wetsvoorstel vanuit dat gezichtspunt een verbetering is. Zij wijst er evenwel op dat het in elkaar schuiven van beide

---

41 Artikel 5.7, eerste lid, onderdeel c.
42 Paragraaf 6.8.
43 Paragraaf 2.

wetten leidt tot een complexe systematiek. Een illustratie hiervan is, nog afgezien van het zeer omvangrijke begrippenapparaat, artikel 7.6 van het voorstel.[44] In dit artikel zijn zowel regels voor de programmaverantwoordelijkheid voor elektriciteit als voor de programmaverantwoordelijkheid voor gas opgenomen. Ook op een aantal punten in het voorstel gelden specifieke bepalingen voor elektriciteit of gas, andere bepalingen daarentegen gelden voor beiden. Een dergelijke systematiek maakt het wetsvoorstel voor diegenen die gespecialiseerd zijn in alleen maar elektriciteit of alleen maar gas, en alleen hun eigen rechten en plichten willen nalezen, minder toegankelijk. Voorts kan het in elkaar schuiven van beide wetten leiden tot complicaties bij de implementatie van eventuele toekomstige wijzigingen van de aan die wetten ten grondslag liggende (separate) richtlijnen. Een en ander zou bijvoorbeeld kunnen worden ondervangen door te kiezen voor een opzet van het wetsvoorstel met twee afzonderlijke afdelingen voor die bepalingen over elektriciteit en gas waarbij de hierboven geschetste problemen zich voordoen.

De Afdeling adviseert in de toelichting nader op de gemaakte keuze in te gaan en zo nodig het voorstel aan te passen.

5. Eén wet

Er is gekozen voor het integreren van de beide wetten tot één wetsvoorstel om verschillende redenen. De belangrijkste reden is dat het noodzakelijk is voor de transitie naar een duurzame energiehuishouding dat de energiedragers gas en elektriciteit integreren. Vanuit dat oogpunt is het gewenst dat de markten daarvoor op dezelfde wijze worden gereguleerd. Daarnaast zijn er in de huidige wetten (onverklaarbare) verschillen ontstaan die leiden tot juridische discussies over de uitleg van de wet. En, ten slotte, de regulering van elektriciteit en gas is vrijwel identiek. De inrichting en taken van de netbeheerder, de hoofdlijnen van de tariefregulering, de consumentenbescherming, de codes en het toezicht bestaan hoofdzakelijk uit identieke bepalingen. Het integreren herbergt het risico dat door het formuleren van uitzonderingen de systematiek complex kan worden. Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is overwogen om het wetsvoorstel in afzonderlijke afdelingen voor gas en elektriciteit onder te verdelen, maar daar is om bovengenoemde redenen niet voor gekozen. Bovendien zijn veel gebruikers van de wet zowel bekend met de elektriciteits- als de gasmarkt. Het merendeel van de distributiesysteembeheerders is bijvoorbeeld zowel actief op het gebied van elektriciteit als op het gebied van gas.

6. Redactionele opmerkingen

De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

6. Redactionele opmerkingen

De redactionele opmerkingen van de Afdeling zijn verwerkt met uitzondering van het samenvoegen van twee artikelleden tot één artikellid. In het wetsvoorstel is er telkens voor gekozen om geen impliciete delegatiegrondslagen op te nemen, maar omwille van de duidelijkheid, grondslagen in een afzonderlijk lid op te nemen.

[44] Dit voorbeeld kan gemakkelijk met andere voorbeelden worden aangevuld.

7. Overig

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om te verduidelijken dat tot de taken van de transmissiesysteembeheerder voor gas ook het verwarmen van gas valt (artikel 5.21, eerste lid, onder g). In het voorstel is voorts de alternatieve vorm van bekostiging van het net op zee door middel van een producententarief geschrapt (artikel 6.20). De delegatiegrondslagen in het wetsvoorstel zijn op een aantal punten aangepast, doordat bij de uitwerking in lagere regelgeving bleek dat de grondslag te ruim, of juist te beperkt was geformuleerd. Hier betreft het de aanpassingen in de artikelen 2.8, 2.14, 3.11, zevende lid, 5.36, 5.37, tweede lid, 6.2, vijfde lid, 6.9, 9.6 en 9.7. Daarnaast is de definitie van installatie verduidelijkt en is in de toelichting een passage opgenomen over het advies van Actal. De overige wijzigingen betreffen technische aanpassingen.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De vice-president van de Raad van State,
J.P.H. Donner

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Economische Zaken,
H.G.J. Kamp

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no. W15.14.0486/IV

- De begripsomschrijvingen van «exclusieve economische ruimte» en «congestiegebied» in artikel 1.1 schrappen en in respectievelijk de artikelen 1.3 en 5.10 uitschrijven, nu dat de enige artikelen zijn waarin die begrippen worden gebruikt.
- Gelet op artikel 37, zesde lid, van richtlijn 2009/72/EG aan artikel 6.10 toevoegen dat het methodebesluit voldoende ruim voor de reguleringsperiode wordt vastgesteld.
- Artikel 10.15 en de toelichting op dit artikel met elkaar in overeenstemming brengen, nu de toelichting meldt dat de Minister bevoegd is tot oplegging van een last onder bestuursdwang ter handhaving van de opdracht, bedoeld in het eerste lid, maar artikel 10.15 daarvoor geen grondslag biedt.
- Artikel 10.17, eerste en tweede lid, omwille van de beknoptheid, samennemen en als volgt formuleren: Het is verboden te handelen in strijd met bij ministeriele regeling aangewezen onderdelen van EU-verordeningen en EU-besluiten inzake elektriciteit of gas. Daarbij zij opgemerkt dat onder de term «EU-besluiten» volgens de toelichting op artikel 10.1 van het wetsvoorstel «bindende EU-rechtshandelingen» moet worden verstaan. Volgens aanwijzing 2 van de Aanwijzingen voor de Regelgeving omvatten «bindende EU-rechtshandelingen» mede richtlijnen. Dat is in artikel 10.17 van het voorstel waarschijnlijk niet bedoeld. De Afdeling adviseert daarom te verduidelijken wat met de term «EU-besluiten» in dit kader wordt bedoeld.